

## TUTELA CAUTELAR NO PROCESSO DE CONHECIMENTO

Dr. Arnaldo Camanho de Assis (\*)

Em número anterior desta prestigiosa Revista (nº 59), publicamos artigo intitulado “Antecipação de Tutela e Citação do Réu”, no qual sustentamos, em resumo, que:

a) o art. 273, do CPC, com a redação que lhe deu a Lei nº 8.952/92, instituiu a figura da antecipação da tutela no procedimento comum;

b) tal instituto permite ao juiz antecipar o resultado pretendido pelo autor;

c) a antecipação, assim, tem natureza cognitiva e não cautelar;

d) se se tratasse de processo cautelar e se a providência tivesse natureza cautelar, seria possível deferir a medida pretendida sem a audiência da parte contrária, até porque existe disposição legal a respeito (art. 804, do CPC);

e) os casos de antecipação de tutela - cognitiva ou cautelar - sem citação do réu escoram-se sempre em disposições legais que expressamente prevêm essa possibilidade (ex.: arts. 461, § 3º, 797, 928, 1.050 e 1.051, todos do CPC);

f) com isso, prestigia-se o princípio do devido processo legal, que permite seja postergado o princípio do contraditório (princípio da bilateralidade da audiência) - por meio do qual se garante a ambas as partes que não se surpreendam com algo acontecido no processo, de que não tenham tido conhecimento (*audiatur et altera pars*) - para momento posterior à citação do réu;

g) assim é que, inexistindo disposição específica que permita a antecipação da tutela cognitiva sem que o réu tenha sido citado, o princípio do contraditório torna imprescindível a citação do réu para que o juiz possa deferir o provimento antecipatório;

h) como inexistente disposição específica na legislação processual autorizando a antecipação da tutela cognitiva sem a prévia citação do réu, a providência antecipatória somente pode ser deferida após a citação do demandado.

---

(\*) Juiz de Direito da Justiça do Distrito Federal. Professor Titular de Direito Processual Civil no Instituto de Educação Superior de Brasília - IESB, no Instituto dos Magistrados do Distrito Federal e Professor Convidado de Direito Processual Civil nos cursos de pós-graduação das Universidades Cândido Mendes, Estácio de Sá, Gama Filho e UniverCidade.

Tais considerações e conclusões continuam válidas e atuais, sendo de se notar, a propósito, ser esse o entendimento de processualistas de nomeada<sup>1</sup>. Entretanto, e não obstante, o art. 273, do CPC, no que importa, foi acrescentado de um novo parágrafo, o sétimo, por força da Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002. Referida disposição legal tem a seguinte redação, *litteris*:

“§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

O novo parágrafo culminou por fazer introduzir sensível modificação no sistema processual.

Veja-se, em boa verdade, que, tomados os três tipos de processos que o ordenamento jurídico brasileiro contempla (o processo de conhecimento, o de execução e o cautelar), a regra geral é a de que o processo de conhecimento (cognitivo) tem por finalidade a jurisdição de conhecimento (cognitiva); o processo de execução (executivo) objetiva a prestação de jurisdição de execução (executiva) e o processo cautelar se presta a alcançar a jurisdição cautelar<sup>2</sup>. Por isso, e como regra geral, não se tem como extrair tutela jurisdicional de conhecimento de um processo de execução, por exemplo. Nem tutela jurisdicional executiva de um processo cautelar. E assim por diante.

Daí a importância que se deve dar ao pedido que o autor formula em sua petição inicial. “Ao pedido”, ressalte-se, e não ao nome da ação<sup>3</sup> e <sup>4</sup>. Por isso é que, quando o autor propõe a ação e formula o pedido que quer ver apreciado pelo juiz, naquele momento, mesmo que nem se dê conta disso, ele está definindo qual o tipo de processo que sua ação fez nascer. Também está definindo, por exclusão, quais os provimentos jurisdicionais que não podem ser deferidos na via que acabou de ser aberta. Assim, se o autor ajuíza ação em que pede a condenação do réu ao pagamento de determinada soma, ficou definido que aquele é um processo de conhecimento (único por meio do qual se chega ao provimento jurisdicional condenatório) e também ficou definido, por exclusão - e já que aquele é um processo de conhecimento - que não será lícito ao juiz deferir pretensões que devem ser alcançadas por outra via, por outro processo - por exemplo, providências cautelares (alcançáveis por meio do processo cautelar) e satisfativas (alcançáveis por meio do processo de execução). Essa é a regra. É assim que o sistema funciona.

Muito bem. Ocorre que tal regra sempre comportou várias exceções. Ou seja, sempre foi possível, ao contrário do que estabelece a regra geral, alcançar providência jurisdicional de um determinado tipo em processo de outro tipo. Assim, por exemplo, sempre se conseguiu obter tutela cognitiva no processo de execução, tutela cautelar no processo de execução, tutela cognitiva no processo cautelar e tutela cautelar no processo de conhecimento, tema que, enfim, é o objeto deste trabalho.

### **TUTELA COGNITIVA NO PROCESSO DE EXECUÇÃO**

Como ressalta Cândido Rangel Dinamarco, “*algum conhecimento em todo processo precisa haver*”<sup>5</sup>. E ainda que não exista julgamento de mérito no processo executivo, o juiz, nele, é seguidamente chamado a proferir juízos de valor, especialmente com referência às condições da ação, aos pressupostos processuais e, sobretudo, aos requisitos necessários a se realizar qualquer execução (inadimplemento do devedor e título executivo).

Um bom exemplo de exercício de atividade de cognição no processo executivo é a que se permite por meio da chamada “exceção de pré-executividade”, que autoriza o devedor a apontar ao juiz possíveis defeitos de forma do título executivo, ou a ausência de condições da ação ou de alguns pressupostos processuais. Tal possibilidade decorreu de entendimento doutrinário e jurisprudencial, inexistindo previsão legal sobre a exceção de pré-executividade. Sem prejuízo, há outras hipóteses de atividades cognitivas no processo de execução que se encontram positivadas no CPC, como a justificação do devedor na execução de alimentos pelo rito da constrição pessoal. Conforme tivemos oportunidade de assinalar<sup>6</sup>, *verbis*:

“Nesse tipo de procedimento, o réu é citado para, em três dias, efetuar o pagamento, provar que já pagou ou para justificar a impossibilidade de fazê-lo (art. 733, do CPC). Se o devedor, utilizando-se de tal prerrogativa, alega ao juiz que perdeu o emprego, foi acometido de doença séria, reconstituiu núcleo familiar, teve outro filho, isso tudo permite-lhe seja feita prova no processo executivo, com apreciação, pelo juiz, desses fatos - o que, em princípio, deveria ser feito em processo cognitivo. Conforme assinala Araken de Assis, tal procedimento ‘oportuniza defesa ao executado internamente à execução, conquanto sumária, e permi-

te o conhecimento pelo juiz de questões de regra remetidas à demanda de embargos<sup>7</sup>.

Outro bom exemplo de sincretismo de atividades cognitivas e executivas em processo de execução ocorre na execução de título extrajudicial nos Juizados Especiais Cíveis, em que o devedor, efetuada a penhora, é intimado a comparecer a audiência designada no curso do processo executivo, onde poderá oferecer embargos (art. 53, § 1º, Lei nº 9.099/95). Ali, há uma espécie de mistura de atos executivos instrutórios (a penhora) com atos próprios do processo de conhecimento (a audiência, com possibilidade de conciliação, instrução e julgamento dos embargos)<sup>8</sup>.

Registre-se, ainda, a possibilidade de o juiz, na penhora de crédito representado por letra de câmbio, nota promissória ou cheque, determinar o comparecimento do devedor e do terceiro que tenha confessado a dívida para lhes tomar os depoimentos pessoais em audiência (art. 672, § 4º, do CPC), a fim de apurar se houve, ou não, fraude de execução. Esse é mais um exemplo de atividade cognitiva no processo de execução, que, como se vê, não é “*impermeável à cognição*”<sup>8</sup>, como demonstram os exemplos citados.

## **TUTELA COGNITIVA NO PROCESSO CAUTELAR**

Mesmo não se prestando à solução da lide, mas, ao contrário e em princípio, a assegurar a eficácia do resultado útil a ser alcançado no processo principal, o processo cautelar permite seja desenvolvida, em seu curso, e tranqüilamente, atividade cognitiva.

Com efeito, e como se sabe, o resultado do processo cautelar não influi na propositura da ação principal, nem interfere no julgamento da lide principal, salvo no caso de o juiz acolher a alegação de decadência ou de prescrição. Só isso já demonstra a possibilidade de o juiz avançar sobre tema de mérito (art. 269, inciso IV, do CPC) no processo cautelar, o que, em tese, somente seria viável no processo principal.

Além desse exemplo, é sabido, também, que o requerido no processo cautelar tem direito a indenização por perdas e danos toda vez que o manejo do processo cautelar lhe trouxer prejuízos, inclusive de ordem moral. Esse direito à reparação de prejuízos, fundado em responsabilidade civil de índole objetiva - já que desvinculada da ocorrência ou não de culpa *lato sensu*<sup>9</sup> -, surge: a) se a sentença, no processo

principal, for desfavorável ao autor; b) se, obtida liminarmente a medida (art. 804, do CPC), o autor não promover a citação do requerido em cinco dias; c) se ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer das hipóteses previstas no art. 808, do CPC; e d) se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810).

Ou seja, se restar configurada uma dessas possibilidades, o réu tem direito a uma indenização, a ser fixada na sentença que extinguir o processo cautelar. A sentença que acolher uma tal pretensão, assim, haverá de ostentar necessariamente natureza condenatória - expressão, pois, da atividade jurisdicional cognitiva. E se se tratar de sentença de condenação ilíquida, “*a indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar*”, como determina o art. 811, parágrafo único, do CPC. Isso permite a inequívoca conclusão no sentido de que o processo cautelar, que originariamente não serviria como veículo hábil a conduzir a uma pretensão condenatória, acaba servindo a uma tal finalidade.

### **TUTELA CAUTELAR NO PROCESSO DE EXECUÇÃO**

O juiz pode tomar providências cautelares no curso do processo de execução, mesmo que este não sirva a acautelar alguma coisa, mas, antes e ao contrário, preste-se a efetivamente realizar o direito reconhecido no título executivo, tenha ele sido originado em um processo (título judicial) ou não (título extrajudicial).

O CPC prevê expressamente a possibilidade de desenvolvimento de atividade cautelar no processo de execução, não só permitindo que a parte autora pleiteie medidas acautelatórias urgentes ao juiz da causa na própria petição inicial do processo executivo (art. 615, inciso III), como autorizando que o próprio juiz, de ofício, adote providências de índole cautelar (por exemplo, determinando a alienação antecipada do bem penhorado a fim de evitar a sua deterioração, como permitem os arts. 670 e 797, ambos do CPC), para garantir que o feito executivo atinja a sua finalidade essencial, que é a satisfação do direito do credor.

### **TUTELA CAUTELAR NO PROCESSO DE CONHECIMENTO**

Este é, afinal, o tema do presente estudo.

Em princípio, isso contraria a regra geral, fixada no início destas linhas. Assim é que, como se disse, se a parte pretende obter tutela cognitiva, então que faça instaurar

processo de conhecimento; se quer obter tutelar cautelar, que proponha a competente ação cautelar. Mesmo assim, a legislação pátria passou a ir admitindo, aos poucos, a possibilidade de exercício de tutela jurisdicional cautelar em sede de processo de conhecimento. São exemplos dessa possibilidade excepcional as providências de índole notoriamente cautelar passíveis de serem alcançadas nas seguintes ações:

- mandado de segurança - com base no art. 7º, da Lei nº 1.533/51;
- ação popular - como permite o art. 5º, § 4º, da Lei nº 4.717/65;
- ação civil pública - à luz da regra do art. 12, da Lei nº 7.347/85;
- ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade com apoio nos arts. 10 e 21, da Lei nº 9.868/99;
- ações que tenham por objeto a condenação do réu ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer - pela regra do art. 461, § 3º, do CPC.

A jurisprudência, inclusive a do egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal, perfilha esse entendimento, sendo bom exemplo de correta sistematização do tema o lapidar aresto da lavra do eminente Des. Wellington Medeiros proferido no AGI nº 2002.00.2.000654-3, do seguinte teor, *litteris*:

“DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE C/C PERDAS E DANOS - APREENSÃO DE VEÍCULO - IMPOSSIBILIDADE DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DE NATUREZA CAUTELAR - SENTENÇA TERMINATIVA QUE PRECEDENTEMENTE EXTINGUIU DEMANDA POSSESSÓRIA ENTRE AS MESMAS PARTES, ANTE A IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA PRETENSÃO POSSESSÓRIA - INEXISTÊNCIA DE DIREITO DE GARANTIA REAL - CONTRATO DE COMPRA E VENDA À PRESTAÇÃO - INDÍCIOS DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.

I - A teor da norma inserta no art. 273 do Código de Processo Civil, está autorizada a entrega antecipada, no processo de conhecimento, do que se pretende alcançar ao final deste, uma vez presentes os requisitos autorizadores. Mas não pode o Magistrado, a pretexto do citado dispositivo, propiciar medida diversa do resultado pretendido pelo autor da ação. Há, no caso, limites objetivos à tutela antecipatória. E a lei não outorga poderes ao

Juiz de adotar providência de natureza cautelar no processo de cognição. Sobre o tema, já se encontra superado o entendimento de que poderia o Julgador deferir medida cautelar no processo de conhecimento, com fulcro na norma inserta no art. 798 do CPC, porquanto o poder geral de cautela ali previsto só pode ocorrer no processo cautelar; não é amplo e irrestrito como se pretendeu fazer crer.

II - Se a tutela final buscada pela parte tem natureza declaratória, não há falar em antecipação, ao se deparar com o alcance pretendido pelo legislador, ao editar a norma contida no § 3º do citado artigo 273 do CPC, porquanto a sentença de natureza predominantemente declaratória ou constitutiva (CPC, art. 584) não comporta execução, a não ser na parte em que o sucumbente é condenado ao pagamento das custas e honorários advocatícios. Para se concluir a respeito, na hipótese, pouca ou nenhuma diferença faz o fato da cumulação de pedido condenatório em perdas e danos, pois esta, com certeza, jamais poderia ser atendida pela consolidação da posse do veículo ao Agravado, até porque, ainda que houvesse amparo legal para tanto, o seu pedido de perdas e danos está expressamente consignado no sentido da condenação do Agravante ao pagamento das parcelas vencidas até a data da efetiva devolução do bem.

III - Detectada a pretensão do autor de alcançar providência de cunho cautelar, no processo de conhecimento, em princípio, a solução seria franquear à parte a busca da ação própria, ou seja, a cautelar, pois, a não ser nos casos expressamente previstos em lei, quais sejam: o mandado de segurança, a ação civil pública, a ação popular, as Adin e as hipóteses enumeradas pelo art. 461, § 3º, do Codex (obrigação de fazer ou não fazer) - incluídas a do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor; não pode ser deferida.

IV - Embora não se possa afirmar que tenha havido coisa julgada material a partir da sentença terminativa que afastou a sua pretensão possessória ao principal fundamento de que restou desconfigurado, em face da cobrança antecipada do VRG, o *leasing*, tal fundamento tem sido reiteradamente prestigiado pelos nossos Tribunais, na esteira da orientação emanada da juris-

prudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que conclui pela descaracterização do acordo, que resta transformado em contrato de venda a prestação.

V - A tentativa da parte de negar perante o Tribunal qualquer pretensão possessória, em flagrante contradição com as peças que compõem os autos, bem ainda com a própria argumentação apresentada em sede de contra-razões recursais, permite antever, até mesmo, a litigância de má-fé.

VI - Recurso conhecido e provido, para cassar a decisão hostilizada e restaurar a situação relativa ao veículo objeto do acordo, cuja rescisão se pretende na origem, revertida ao *status quo ante*”<sup>10</sup>.

Assim, somente se permitia o desenvolvimento extraordinário de atividade cautelar em processo cognitivo nos casos anteriormente assinalados.

Entretanto, a Lei nº 10.444/2002, ao incluir o parágrafo sétimo no art. 273, do CPC, passou a permitir o exercício de atividade cautelar no processo de conhecimento. A prerrogativa excepcional, que antes era restrita apenas àquele pequeno e privilegiado grupo de ações cognitivas, veio a ser estendida a qualquer ação de conhecimento; o que antes era exceção passou à categoria de regra geral. Assim, e por força da nova disposição legal, hoje é possível ajuizar uma só ação de conhecimento - por meio da qual o autor pretenda, por exemplo, a anulação de uma determinada duplicata (atividade tipicamente cognitiva, de natureza declaratória) - e formule, na mesma e única petição inicial, pedido liminar de natureza eminentemente cautelar - a sustação do protesto daquela duplicata. Ou, em outro exemplo, uma ação em que se busque o reconhecimento da existência de uma união estável (art. 1.723, do novo Código Civil) e, cautelarmente, peça ao juiz que determine ao cartório de registro de imóveis que se abstenha de fazer qualquer anotação a respeito dos imóveis adquiridos pelo casal no curso do relacionamento, a serem partilhados em final sentença.

Antes do advento do novel parágrafo sétimo do art. 273, nos dois exemplos ora referidos, a parte autora devia ajuizar duas ações: uma cautelar, para pedir a tutela cautelar; outra de conhecimento, para pedir a tutela cognitiva. Isso, sem dúvida, era muito mais burocrático e demandava muito maior esforço de todos os partícipes do processo - partes, advogados, juiz e representante do Ministério Público. Afinal, o volume de papel era maior, os autos dos processos deviam ser apensados, dificultando o manuseio e, sobretudo, a rápida solução da lide (art. 125, inciso II, do CPC). Com a mudança introduzida pela Lei nº 10.444/02, entretanto, as coisas ficam mais simples,



mais rápidas e menos burocráticas. E, como se disse antes, ficam bastante prestigiados os princípios da economia processual, da celeridade e da efetividade.

Não parece, entretanto, que tal disposição tenha feito revogar, de uma só penada, a parte do CPC referente aos procedimentos cautelares inespecíficos, as chamadas “cautelares inominadas”. Como se fosse possível sustentar o seguinte: “já que, agora, o autor da ação pode, com uma só petição inicial, pedir, a um só tempo, a providência final, de mérito, de natureza cognitiva, e, liminarmente, ao início do processo, a providência de natureza cautelar, não há mais necessidade de duas ações (uma cautelar, preparatória, e outra de conhecimento, principal). Por isso que, se o autor propõe ação cautelar preparatória, o mesmo não tem interesse de agir, já que poderia obter o mesmo resultado que alcançaria nessa ação propondo ação de conhecimento e pedindo providência cautelar com base no art. 273, § 7º, do CPC”.

Em boa verdade, quando o ordenamento jurídico-processual abre uma porta não fecha, necessariamente, outra porta que já existia. Ao contrário, as duas vias de acesso continuam abertas, com o que se faz realizar, de modo concreto, o direito de acesso à justiça insculpido na Constituição da República (art. 5º, inciso XXXV). Assim, o autor pode optar entre propor uma só ação e, nela, formular o pedido final, de mérito, de natureza cognitiva e, ao mesmo tempo, o pedido liminar, de natureza cautelar, ou, então, ajuizar ação cautelar preparatória para pedir a providência de índole cautelar e, ao depois, no prazo que lhe assegura o art. 806, do CPC, propor a ação principal.

Tal discussão, conquanto nova em relação ao tema ora exposto, já aconteceu antes em outras searas, como, por exemplo, quando entrou em vigor a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), ocasião em que se chegou a afirmar, alhures, que, com isso, ficava praticamente sem objeto a ação popular na parte referente à possibilidade de anulação de ato lesivo ao patrimônio artístico, estético, histórico e turístico, uma vez que por meio da ação civil pública também se chegava ao mesmo resultado. Ou quando entrou em vigor a Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), ocasião em que se sustentou que os feitos de valor até vinte salários mínimos, que se processavam pelo procedimento comum sumário (art. 275, inciso I, do CPC), passariam à competência do Juizado Especial, cessando, nessa parte, a competência das Varas Cíveis da chamada “Justiça Tradicional”. Em um e outro casos, chegou-se à conclusão de que as novas vias de acesso à Justiça não faziam cessar as antigas, já existentes, daí porque, para fazer referência aos exemplos citados, é possível requerer a anulação de ato lesivo ao patrimônio artístico, estético, histórico e turístico tanto pela via da ação popular como pela via da ação civil pública; é possível o ajuizamento de ação de até vinte salários mínimos tanto perante a Vara Cível comum, como perante os Juizados Especiais Cíveis.

**Requisitos para a antecipação da tutela cognitiva e para a concessão da tutela cautelar no Processo de Conhecimento**

O art. 273, do CPC, diz que “o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, havendo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”.

Alguns breves comentários:

a) é imprescindível haver pedido expresso formulado pelo autor para a antecipação da tutela, sendo, portanto, vedado ao juiz antecipar a tutela de ofício.

b) o que o juiz antecipa é a tutela e não os efeitos da tutela, como diz o artigo. O juiz antecipa o próprio resultado a ser alcançado no fim do processo, com a prolação da sentença, e não as conseqüências (os efeitos) desse resultado ou algo que sirva para assegurar esse resultado. Por isso, e uma vez estabelecidos os contornos do pedido (aquilo que o autor quer obter com a sentença), ao juiz é dado antecipar apenas o pedido, integral ou parcialmente, mas não qualquer outra coisa que seja diversa da pretensão deduzida na inicial.

c) não há como conjugar, a um só tempo, os requisitos referentes à prova inequívoca e à verossimilhança. “Prova inequívoca” é prova tão forte, tão convincente, tão definitiva, tão, afinal, inequívoca, que faz incutir no espírito do julgador sentimento de certeza absoluta a respeito do tema a ser decidido. Não é isso que se exige, entretanto, para a concessão da tutela antecipada, sobretudo se se considerar que o processo ainda está em seu início, em fase de cognição sumária, que é, por isso mesmo, precária e provisória. Em boa verdade, o autor deve demonstrar apenas que aqueles fatos que está narrando na petição inicial mais podem ser parecidos com a verdade do que podem não ser. E, para tanto, não é necessário prova inequívoca. Como conclusão, pode-se dizer que ou o juiz exige prova inequívoca ou o juiz se satisfaz com a verossimilhança. Para a antecipação da tutela, basta a verossimilhança<sup>11</sup>.

d) além da verossimilhança, é preciso que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. Então, o autor deve demonstrar: 1) a verossimilhança de suas alegações e a existência de dano irreparável ou de difícil reparação ou 2) a verossimilhança de suas alegações e o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

O conceito de *fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação* equivale à idéia de *periculum in mora*, ou seja, é o risco que a demora normal do

processo pode vir a causar aos interesses em litígio. Esse receio deve ser objetivamente demonstrado, não bastando a simples afirmação de que exista o risco. Registre-se que o perigo a justificar a excepcionalidade da antecipação da tutela deve ser explicitamente narrado pelo autor, não sendo dado ao juiz extrair a potencialidade do dano das entrelinhas da petição inicial, nem apoiar-se em fatos ali não tratados. A antecipação da tutela cognitiva pleiteada com base nesse fundamento exige a prévia citação do réu<sup>12</sup>, apesar de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em sentido contrário.

Com relação ao abuso de direito de defesa e ao manifesto propósito protelatório do réu, note-se que ambas as partes, autor e réu, têm direito ao princípio constitucional da ampla defesa<sup>13</sup> e podem (ou devem) *usar* esse direito - não lhes é dado, entretanto, *abusar* do direito de defesa. Como o texto legal refere-se ao abuso do direito de defesa cometido pelo réu, é possível exemplificar tal abuso relacionando algumas atitudes do réu que traduzam esse comportamento e deixem ver o manifesto propósito protelatório do demandado, isto é, sua deliberada intenção de retardar a marcha processual, impedindo o curso normal do processo e o seu amadurecimento rumo ao resultado, a prestação jurisdicional. Eis, pois, alguns comportamentos que se tipificariam dessa forma: juntada incessante de petições descabidas, criação de infundados incidentes processuais, juntada de documentos fora do prazo, não-devolução de autos ao cartório e outras atitudes congêneres.

Nesses casos, é certo que o réu já foi citado (ou, então, compareceu espontaneamente ao processo, suprimindo a necessidade de citação), sendo certo que a antecipação de tutela cognitiva, aí, só pode ocorrer com a presença do réu na relação processual. E a demonstração do comportamento do réu deve sustentar-se, igualmente, em dados objetivos, não sendo bastante a só sensação subjetiva do autor de que o processo podia tramitar de forma mais rápida, sem que demonstre a participação do réu no retardo da marcha processual.

Para a concessão da providência cautelar de que cuida o art. 273, § 7º, do CPC, os requisitos são evidentemente outros. Aqui não se trata de requerer a antecipação do resultado, mas, ao contrário, de postular ao juiz que defira ao autor uma providência que seja capaz de garantir aquele resultado. Por isso, o autor não há de fazer referência à verossimilhança, nem ao abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu para que venha pedir a providência de índole cautelar a que se refere o dispositivo ora citado. Tais requisitos são necessários para que o autor possa conseguir o resultado antecipadamente, mas não providências que sejam necessárias a garantir a eficácia do resultado pretendido.

Rememore-se, sempre, que a providência postulada com apoio no art. 273, § 7º, do CPC, tem natureza cautelar e, por isso, a parte requerente haverá de se sustentar nos requisitos necessários à concessão do provimento cautelar liminar, que são: a) a relevância da fundamentação; e b) o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Sobre o “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, (letra *b* supra), os comentários são os mesmos já feitos anteriormente, sendo de se fixar, apenas, que tal conceito encontra-se presente em vários dispositivos do CPC (art. 273, inciso I; art. 461, § 3º, 798, 804). Sobre a “relevância da fundamentação”, note-se que tal conceito aproxima-se bastante da idéia de “fumaça do bom direito” (*fumus boni iuris*), mas não se confunde com ela. É que a fumaça do bom direito refere-se à argumentação que o autor deve desenvolver na petição inicial da ação cautelar para demonstrar ao juiz que, com base nos fatos e fundamentos que está alegando, tem direito a um processo principal, cujo resultado quer ver protegido pelo provimento cautelar.

Confira-se a lição de Humberto Theodoro Júnior, *verbis*:

“Em suma, o requisito da ação cautelar, tradicionalmente apontado como o *fumus boni iuris* deve, na verdade, corresponder não propriamente à probabilidade de existência do direito material - pois qualquer exame a respeito só é próprio da ação principal -, mas sim à verificação efetiva de que, realmente, a parte dispõe do direito de ação, direito ao processo principal a ser tutelado” <sup>14</sup>.

Como se percebe, a fumaça do bom direito refere-se a algo que se projeta para fora do processo cautelar: o direito à tutela da eficácia do resultado a ser alcançado em outro processo, chamado “processo principal”.

A “relevância da fundamentação” é diferente. Por meio desse requisito, o autor deve mostrar ao juiz que os fatos e os fundamentos que está expondo ao juiz permitem-lhe merecer a tutela cautelar naquele mesmo processo e não em outro. O que o autor pretende é obter providência acauteladora do resultado a ser obtido naquele processo. Tal idéia encontra respaldo na legislação, sendo de se notar a correta utilização de tal expressão pelo menos no art. 461, § 3º, do CPC, e no art. 7º, inciso II, da Lei nº 1.533/51. E essas são exatamente duas das ações em que já era possível a obtenção de providência cautelar no processo de conhecimento.

Esclareça-se, por derradeiro, que tal distinção já começa a ser feita na prática, no que se refere aos requisitos para a concessão de efeito suspensivo e para a antecipação

da tutela recursal no agravo de instrumento (arts. 558 e 527, inciso II, ambos do CPC). A esse respeito, confira-se a ementa do seguinte acórdão, *litteris*:

“PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. POSSIBILIDADES EM JUÍZO LIMINAR: EFEITO SUSPENSIVO E ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL. REQUISITOS PARA UMA E OUTRA HIPÓTESES.

1. Não há como confundir os objetos possíveis do agravo de instrumento, em juízo liminar, que são a concessão de efeito suspensivo - por meio do qual se pretende obstar imediatamente os efeitos da decisão agravada, até final decisão de mérito do recurso - e a antecipação da tutela recursal - que consiste, imediatamente, na própria modificação da decisão resistida, antes do julgamento do mérito recursal. Isso quer dizer que o relator pode: 1) conceder providência jurisdicional que, suspendendo os efeitos da decisão agravada, garanta o resultado a ser alcançado na via recursal; ou 2) antecipe de uma vez e desde logo o próprio resultado a ser alcançado na via recursal. No primeiro caso, fala-se em ‘efeito suspensivo’; no segundo, em ‘antecipação da tutela recursal’. É disso que trata o art. 527, inciso II, do CPC, com a redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001.

2. No primeiro caso (efeito suspensivo), os requisitos para a suspensão vêm elencados no art. 558, do CPC. São eles: 1) a relevância da fundamentação recursal; e 2) a potencialidade de causação de lesão grave e de difícil reparação. No segundo caso (antecipação da tutela recursal), o intérprete há de se socorrer da regra do art. 273, do CPC, que traz os requisitos necessários à concessão antecipada da tutela jurisdicional, quais sejam, prova inequívoca, verossimilhança, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. No caso da antecipação da tutela recursal, e alterando as palavras ‘autor’ e ‘réu’ por ‘agravante’ e ‘agravado’, há que se tecer, sobre esses pontos, alguns comentários.

3. Em primeiro lugar, não há como conjugar, a um só tempo, os requisitos referentes à prova inequívoca e à verossimilhança. ‘Prova inequívoca’ é prova tão forte, tão convincente, tão definitiva,

tão, afinal, inequívoca, que faz incutir no espírito do julgador sentimento de certeza absoluta a respeito do tema a ser decidido. Não é isso que se exige, entretanto, para a concessão da tutela antecipada, sobretudo se se considerar que o processamento do recurso ainda está em seu início, em fase de cognição sumária, que é, por isso mesmo, precária e provisória. Em boa verdade, o agravante deve demonstrar apenas que aqueles fatos que está narrando na petição de recurso mais podem ser parecidos com a verdade do que podem não ser. E, para tanto, não é necessário prova inequívoca. Como conclusão, pode-se dizer que ou o juiz exige prova inequívoca ou o juiz se satisfaz com a verossimilhança. Para a antecipação da tutela, basta a verossimilhança.

4. Além da verossimilhança, é preciso que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do agravado. Então, o agravante deve demonstrar: 1) a verossimilhança de suas alegações e a existência de dano irreparável ou de difícil reparação; ou 2) a verossimilhança de suas alegações e o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do agravado.

5. É imperativo, para a antecipação da tutela recursal, a demonstração da potencialidade do dano. Não fosse assim, o normal seria esperar a regular tramitação do recurso, para que, no momento oportuno - o julgamento colegiado -, fosse apreciado o acerto ou o erro da decisão recorrida. O conceito de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação equivale à idéia de *periculum in mora*, ou seja, é o risco que a demora normal do processo pode vir a causar aos interesses em litígio. Esse receio deve ser objetivamente demonstrado, não bastando a simples afirmação de que exista o risco. Registre-se que o perigo a justificar a excepcionalidade da antecipação da tutela deve ser explicitamente narrado pelo autor, não sendo dado ao juiz extrair a potencialidade do dano das entrelinhas da petição inicial, nem apoiar-se em fatos ali não tratados.

6. Com relação ao abuso de direito de defesa e ao manifesto propósito protelatório do agravado, note-se que ambas as partes,

agravante e agravado, têm direito ao princípio constitucional da ampla defesa e podem (ou devem) usar esse direito - não lhes é dado, entretanto, abusar do direito de defesa. Como o texto legal refere-se ao abuso do direito de defesa cometido pelo réu (e no contexto do agravo, pelo agravado), é possível exemplificar tal abuso relacionando algumas atitudes do agravado que traduzam esse comportamento e deixem ver o seu manifesto propósito protelatório, isto é, sua deliberada intenção de retardar a marcha processual, impedindo o curso normal do processo e o seu amadurecimento rumo ao resultado, a prestação jurisdicional. Eis, pois, alguns comportamentos que se tipificariam dessa forma: juntada incessante de petições descabidas, criação de infundados incidentes processuais, juntada de documentos fora do prazo, não-devolução de autos ao cartório e outras atitudes congêneres.

*7. Indemonstrados tais requisitos, não há como se deferir, liminarmente, a antecipação da tutela recursal.*

*8. Agravo regimental improvido”<sup>15</sup>.*

Como resultado de tais observações, e já que a todos os profissionais do Direito entusiasma a idéia de falar e escrever o Direito direito, na busca da sempre almejada excelência técnica, melhor será postular (ou deferir) a medida cautelar a que se refere o art. 273, § 7º, do CPC, fazendo referência à relevância da fundamentação, em vez de “fumaça do bom direito”. Quanto ao “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, nenhum óbice há a que se substitua tal expressão pelo conhecido *periculum in mora*.

## CONCLUSÕES

Sem pretensão de sustentar ponto-de-vista, mas, ao contrário, com o só propósito de estimular o debate acerca dos temas ora abordados, é lícito formular as seguintes conclusões:

a) apesar de a regra geral impor que por meio de processo de conhecimento se alcance tutela jurisdicional cognitiva; por meio de processo de execução se obtenha tutela jurisdicional executiva; e por meio de processo cautelar se busque a obtenção de tutela jurisdicional cautelar, tal regra sempre comportou exceções;

b) assim, é possível alcançar tutela cognitiva no processo de execução, bem como tutela cognitiva no processo cautelar e tutela cautelar no processo executivo;

c) já era possível, também, a obtenção excepcional de tutela cautelar no processo de conhecimento. Tal possibilidade, entretanto, era limitada e restrita, basicamente, a um pequeno grupo de ações, quais sejam o mandado de segurança, a ação popular, a ação civil pública, as ações referentes à (in)constitucionalidade e as ações que tenham por objeto a condenação ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer;

d) o art. 273, § 7º, do CPC, introduzido pela Lei nº 10.444/02, estendeu a qualquer ação cognitiva a prerrogativa antes restrita àquele privilegiado grupo de ações, de modo a passar a permitir que, hoje, com uma só ação, uma só petição inicial, o autor possa formular o pedido final, de mérito, de natureza cognitiva, e, ao mesmo tempo, o pedido liminar, de natureza cautelar;

e) tal possibilidade não eliminou a ação cautelar inominada de índole preparatória. Ao contrário, o autor, hoje, pode optar entre ajuizar uma só ação, cumulando pretensões cognitivas e cautelares, observados os contornos do art. 273, § 7º, do CPC, ou, então, ajuizar uma ação cautelar preparatória e, ao depois, no prazo legal (art. 806, do CPC), ajuizar a ação principal;

f) apesar de a possibilidade de concessão de providência liminar de índole cautelar no processo de conhecimento estar regulada no art. 273, § 7º, do CPC, os requisitos para a concessão de uma tal medida não são os mesmos exigidos para a antecipação da tutela prevista no *caput* desse mesmo artigo;

g) para a concessão da tutela antecipada prevista no art. 273, incisos I e II, do CPC, os requisitos são a verossimilhança e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou a verossimilhança e o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu;

h) para a concessão da providência liminar de índole cautelar prevista no art. 273, § 7º, do CPC, os requisitos são a relevância da fundamentação e o *periculum in mora*, sendo certo que “relevância da fundamentação” não se confunde com “fumaça do bom direito”;

i) em apertada síntese, “fumaça do bom direito” é a argumentação que se usa no processo cautelar para obter, liminarmente, medida que seja capaz de assegurar a eficácia do resultado a ser alcançado em outro processo, chamado de “processo principal”;



“relevância da fundamentação” é a argumentação que se usa para assegurar a eficácia do resultado a ser alcançado naquele mesmo processo e não em outro.

---

## Notas

- <sup>1</sup> Cfr. Cândido Rangel Dinamarco, in “A Reforma do Código de Processo Civil”, Malheiros Editores, São Paulo, 2ª edição, 1995, pág. 142; Alexandre Freitas Câmara, in “Lineamentos do Novo Processo Civil”, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1995, págs. 50/51; Sérgio Bermudes, in “A Reforma do Código de Processo Civil”, Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1ª edição, 2ª tiragem, 1995, pág. 35; Carreira Alvim, in “Código de Processo Civil Reformado”, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2ª edição, 1995, pág. 100, e in “Ação Monitória e Temas Polêmicos da Reforma Processual”, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1995, pág. 150; Reis Friede, in “Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar”, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 3ª edição, 1996, pág. 98 e in “Limites Objetivos para a Concessão de Medidas Liminares em Tutela Cautelar e em Tutela Antecipatória”, Ed. LTr, São Paulo, 1ª edição, 2000, pág. 20.
- <sup>2</sup> Em boa verdade, o mais correto seria afirmar que o processo cautelar serve à tutela de urgência, que pode ser essencialmente cautelar ou pode ostentar natureza satisfativa.
- <sup>3</sup> A preocupação com o nome da ação é, como se sabe, de nenhuma importância para o efeito de fixar os limites da prestação jurisdicional. O que importa são os fatos narrados, os fundamentos jurídicos que podem ser extraídos a partir dos fatos e o pedido que o autor deduziu na inicial, com o que se estabelece o exato contorno da tutela jurisdicional pretendida, nos moldes dos arts. 128 e 460, ambos do Código de Processo Civil.
- <sup>4</sup> “A natureza da ação é determinada pelo conteúdo do pedido formulado, sendo irrelevante o **nomen iuris** que lhe tenha atribuído o autor, principalmente em face dos princípios **da mihi factum, dabo tibi ius e iura novit curia** (...)”. (STJ, 4ª Turma, REsp 100766/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, publ. DJ de 15.06.99, recurso provido, unânime).
- <sup>5</sup> Cândido Rangel Dinamarco, “Execução Civil”, Malheiros Editores, São Paulo, 7ª edição, 2000, pág. 174.
- <sup>6</sup> Conferir nosso artigo “Exceção de Pré-Executividade” publicado na Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, vol. 65.
- <sup>7</sup> Araken de Assis, in “Da execução de alimentos e prisão do devedor”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2ª edição, 1993, págs. 135/136.
- <sup>8</sup> Alberto Camiña Moreira, in “Exceção de Pré-Executividade”, Editora Saraiva, São Paulo, 2ª edição, 2000, pág. 09.
- <sup>9</sup> Humberto Theodoro Jr., in “Processo Cautelar”, Livraria e Editora Universitária de Direito, Belo Horizonte, 17ª edição, 1998, págs. 176 e 177.
- <sup>10</sup> TJDF, 3ª Turma Cível, AGI nº 2002.00.2.000654-3, Rel. Des. Wellington Medeiros, publ. DJ de 01/08/2002, pág. 35, deu-se provimento, unânime - grifou-se.
- <sup>11</sup> Segundo Houaiss, verossimilhança é a “qualidade do que é verossímil”, que, por sua vez, é aquilo “que parece verdadeiro; que é possível ou provável por não contrariar a verdade” (Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, Ed. Objetiva, Rio de Janeiro, 1ª edição, 2001, pág. 2.849)

<sup>12</sup> Conferir nosso artigo “Antecipação de Tutela e Citação do Réu”, loc. cit..

<sup>13</sup> Nelson Nery Júnior esclarece que “os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, realizarem as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos” (in “*Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 5ª edição, 1999, pág. 130).

<sup>14</sup> Humberto Theodoro Júnior, op. cit., pág. 76.

<sup>15</sup> TJDFT, 3ª Turma Cível, Agravo Regimental no AGI nº 2002.00.2.004774-1, Rel. Des. Arnaldo Camanho de Assis, julgado em 12/08/2002, negou-se provimento, unânime.

